Zur dogmatischen Kritik der Notstands- und Notwehrhandlungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Nikola S. Jabinski
aus **Küstendil** (Bulgarien).

ACAD. LUGD. HAT. BIBL.

Halle a. S.
Buchdruckerei von Heinrich John.
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547019_0053

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Die Notstandshandlungen.

§ 1. Die Merkmale der Notstandshandlung 13
§ 2. Die rechtliche Natur der Notstandshandlung 20
§ 3. Die Schuldfrage 32

Zweiter Teil.

Die Notwehrhandlungen.

§ 1. Die Merkmale der Notwehrhandlung 36
§ 2. Die rechtliche Natur der Notwehrhandlung 42

Die vorliegende Arbeit, welche in der zweiten Hälfte des Jahres 1912 approbiert worden ist, mußte anderthalb Jahre auf ihren Druck warten, da der Verfasser von den Kriegsereignissen der Jahre 1912—1913 in Anspruch genommen war. Die inzwischen erschienene Literatur ist daher selbstverständlich unberücksichtigt geblieben.

Literaturverzeichnis.

v. Alberti, Das Notwehrrecht. Stuttgart 1901.

v. Alberti, Gefährdung durch überlegene Gewalt (Notstand). Stuttgart 1903.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (gegründet von H. Meyer) Leipzig 1912.

Auer, Der strafrechtliche Notstand und das B.G.B. München 1903.

Bähr, Die Bestimmungen des B.G.B. über Notwehr und Notstand. Diss. Marburg 1903.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I. Berlin 1906.

Bauer, Der strafrechtliche Notstand. Diss. Würzburg 1902.

Begründung des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch." Allg. Teil. Berlin 1909.

Beling, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XVIII (1898), S. 275 f.

Berner, Die Notwehrtheorien, im Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. 1848.

Berner, De impunitate propter summam necessitatem proposita. Berlin 1861.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1898.

Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrecht. München 1903.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. II. Freiburg und Leipzig 1905.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 2. Aufl. Leipzig 1890 und Bd. II, Leipzig 1877.

Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I. Leipzig 1885.

Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bes. Teil, Bd. II, Abt. 2. Leipzig 1905.

Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts. Allg. Teil. Leipzig 1907.

Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904.

v. Blume, Kritische Vierteljahrschrift, Bd. II (1896), S. 202 f.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. Aug. 1896.

v. Buri, Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß, 1879, S. 434 f.

van Calker, Vom Grenzgebiet zwischen Notwehr und Notstand, in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. XII (1892).

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Jena 1903.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit. Halle 1905.

Graf zu Dohna, Die legislative Behandlung von Notwehr und Notstand, in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. XXXIII, 1911.

Eger, Der Einfluß der Verschuldung beim strafrechtl. Notstand. Diss. Berlin 1899.

Eltzbacher, Deutsche Juristenzeitung, Bd. X, 1905, S. 239 f.

v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, 1903; Bd. II, 1905, Jena.

Finger, Das Strafrecht, Bd. I. Berlin 1902.

Frank, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Allg. Teil, Bd. I. Berlin 1910. S. 259 f.

Gericke, Überblick über die Lehre von der Notwehr und dem Notstand nach B.G.B. Diss. Berlin 1909.

Geyer, Lehre von der Notwehr. Jena 1857.

Geyer, Zur Lehre vom Notstand, in der Kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. V. München 1863.

Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht. Diss. Borna-Leipzig 1904.

Göb, Bemerkungen zur Lehre vom Notstand. Diss. Erlangen 1878.

Göb, Die Behandlung des Notstandes und insbesondere die Verschuldung in Herbeiführung desselben, in Goltdammers Archiv für Strafrecht, XXVIII. Berlin 1880.

H. Groß, Die Verschuldung des Notstandes und ihre strafrechtliche Behandlung. Diss. Stuttgart 1899.

H. Groß, Notwehr und Notstand im österreichischen Strafgesetzentwurf. Österr. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. II, 1911.

Haenle, Einfluß des B.G.B. auf die strafrechtliche Behandlung des Notstandes. Diss. Traunstein 1899.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I. Bonn 1881.

Hammacher, Der Charakter der Notstandshandlung vom rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkt. Leipziger Diss. 1907.

Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880.

Jaeger, Das Anwendungsgebiet der Notwehr. Heidelberger Diss. 1906.
Janka, Der strafrechtliche Notstand. Erlangen 1878.
Janka, Das österreichische Strafrecht. Wien 1902.
Jellineck, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1892.
v. Ihering, Geist des römischen Rechtes, Bd. I, 5. Aufl. Leipzig 1891.
v. Ihering, Der Kampf um's Recht, 16. Aufl. Wien 1906.
v. Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 2. Aufl. Leipzig 1884. Bd. II, 2. Aufl. 1886.
Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. VII, 1911.
Knauer, Über den strafrechtlichen Notstand. Breslau 1902.
Knetsch, Der Begriff der Notwehr nach der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. und dem Strafgesetzbuch. Diss. Berlin 1906.
Kroner, Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr. Diss. Göttingen 1897.
Kohler, Jos., Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883.
Kühn, Die Pflichtenkollision im Strafrecht. Diss. Leipzig 1908.
Lammasch, Zeitschrift für das Priv. u. öffentliche Recht, Bd. VI, 1879, S. 634 f.
Lammasch, Gerichtssaal, Bd. XLIV, 1891, S. 191 f. und 314 f.
Lasson, System der Rechtsphilosophie. Berlin u. Leipzig 1882.
Levita, Recht der Notwehr. Gießen 1856.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. und 17. Aufl. Berlin 1908.
v. Liszt, Völkerrecht, 6. Aufl. Berlin 1910.
Löffler, Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. XXI, 1901, S. 537 f.
Marchand, De l'état de nécessité en droit pénal. Paris 1902.
Mayer, M. E., Widerstand gegen Amtshandlungen, in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, Bd. I. Berlin 1906.
Mayer, M. E., Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in der Festschrift für Laband. Tübingen 1908.
Merkel, Ad., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Merkel, Rud., Die Kollision rechtmäßiger Interessen. Straßburg 1895.
Meyer, H., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1895.
Minz, Die Voraussetzungen und Wirkungen der Notwehr, des Notstandes und der Nothilfe im B.G.B. München 1903.

Miricka, Die Formen der Strafschuld. Leipzig 1903.
Moriaud, De la justification du délit par l'état de nécessité. Genève-Paris 1889.
Müller, Das Recht der Notwehr. Diss. Greifswald 1900.
Nagler, Joh., Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in der Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911. Leipzig 1911.
Neubecker, Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung. Leipzig 1910.
v. Nostiz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. Diss. Leipzig 1905.
Ötker, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des B.G.B. Leipzig 1903.
Ötker, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. II. Berlin 1908.
Paulsen, System der Ethik, Bd. I. Stuttgart und Berlin 1906.
Pernice, Labeo, Bd. II, Abt. 2. Halle 1895.
Plato, Über die Gesetze. Deutsch E. Eyth, 2. Aufl. Berlin, ohne Datum.
Pretsch, Das Notstandsrecht des B.G.B. und seine Bedeutung für das Strafrecht. Diss. Berlin 1899.
Rissom, Notwehr und Waffengebrauch des Militärs. Berlin 1906.
v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht. Dorpat 1886.
Rosenfelder, Erfordernis des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Falle der Notwehr. Diss. München 1906.
Rotering, Die eigene Gefahr als Schuldausschließungsgrund, in Goltdammers Archiv, Bd XXXI, 1883.
Sander, Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, 1841, S. 76 f.
Schleifenbaum, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in § 227 B.G.B. Breslau 1904.
Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach dem B.G.B. Würzburg 1899.
Sermet, L'état de nécessité en matière criminelle. Paris 1903.
Simon, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe nach dem B.G.B. Diss. Frankfurt a. M. 1903.
Sommerlad, Über den Begriff der Rechtswidrigkeit bei der Notwehr, in Goltdammers Archiv, XXIV, 1886.
Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. Erlangen 1878.
Stillmark, Die Lehre von der Notwehr. Dorpat 1875.

Stirz, Die subjektive Seite der Notwehr. Diss. Bonn 1897.
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 26. Febr. 1876.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
Titze, Die Notstandsrechte im B.G.B. und ihre geschichtliche Entwicklung. Diss. Leipzig 1897.
Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr. Zürich 1894.
Torp, Rechtswidrige Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, in der Zeitschr. für die ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. XXIII, S. 101 f.
Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Jena 1893.
Vigilius, Über Notwehr gegen Tiere. Diss. Cassel 1899.
v. Wächter, Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht. Stuttgart 1857.
Walter, Die Furcht vor persönlicher Gefahr nach § 49 Abs. 1 des Militärstrafgesetzbuchs. Diss. Breslau 1910.
Wessely, Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr. Prag 1862.
Wolffsohn, Notwehr, Notstand und Nothilfe nach dem B.G.B. Diss. Posen 1901.
Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes. Breslau 1903.
Zittelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Bonn 1906.

Erster Teil.

Die Notstandshandlungen.

§ 1. Die Merkmale der Notstandshandlungen.

Jede Notstandshandlung (N.S.H.) setzt eine Gefahr[1]) voraus. Ohne Gefahr ist keine N.S.H. denkbar. Gleichgültig ist dabei die Quelle der Gefahr: sie kann sowohl durch eine Naturkraftentfaltung (Sturm, Überschwemmung, Erdbeben) wie durch die Willensbetätigung eines Menschen oder eines Tieres hervorgerufen sein[2]). Auch das Objekt der Gefahr ist gleichgültig: sie kann sich nicht nur auf Rechtsgüter beziehen — Rechtsgüterkollision —, sondern auch auf rechtliche Interessen. Das letztere ist immer der Fall, wenn eine Pflichtenkollision auftaucht[3]). Hier besteht die Gefahr darin, daß beide

[1]) v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, S. 1: „Gefahr ist die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines verletzenden Ereignisses, die mehr oder minder gesteigerte Möglichkeit seines Eintretens".

[2]) Derselben Ansicht: v. Wächter, Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht, S. 382; Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, S. 4; Janka, Der strafrechtliche Notstand, S. 30, 207; Göb in Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XXVIII, Die Behandlung des Notstandes und insbesondere die Verschuldung in Herbeiführung desselben, S. 138; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, S. 493; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 777; Moriaud, De la justification du délit par l'état de nécessité, S. 290; Pernice, Labeo, Bd. II, S. 66; H. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 287; Kroner, Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr, S. 56; Pretsch, Das Notstandsrecht des B. G. B. und seine Bedeutung für das Strafrecht, S. 5; Wolffsohn, Notwehr, Notstand und Nothilfe nach dem B. G. B., S. 33; Sermet, L'état de nécessité en matière criminelle, S. 268; Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 1156.

[3]) Die Ansicht, daß jeder Pflichtenkollision eine Interessenkollision korrespondiert, vertreten: Moriaud, a. a. O. S. 27, Note; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 185 und Kühn, Die Pflichtenkollission im Strafrecht, S. 17

Staatsinteressen, zu deren Schutz die Rechtspflichten auferlegt sind, z. B. das an der Aussage eines Zeugen und das an der Vorbeugung eines Verbrechens, verletzt sein würden, falls man sich mit der Wahrnehmung des einen nicht begnügen will.

Nicht jede Gefahr bildet aber eine genügende Grundlage für eine N.S.H. Diejenige Gefahr, welcher man sich durch Flucht, Hilferuf, Täuschung oder Aufklärung des irrenden Angreifers entziehen kann, dessen Übermacht jede Notwehrhandlung aussichtslos macht, genügt keineswegs: Prinzip der Subsidiarität der N.S.H.[1]). Die die N.S.H. ermöglichende Gefahr führt somit die unvermeidliche Notwendigkeit eines Übels mit sich, diejenige Notwendigkeit, von welcher Plato sagt, daß sie „ein Ding ist, das auch selbst ein Gott nicht zu bezwingen stark genug ist“[2]). Ein Übel muß unter allen Umständen eintreten, möge man tun, was man will. Will Jean Valjean die Kinder seiner Schwester nicht sterben, somit ein Übel nicht eintreten lassen, so muß er das fremde Vermögen antasten, somit ein anderes Übel verursachen[3]). Ein tertium, welches kein Übel enthält, ist der Notstandsgefahr fremd: die Notstandsgefahr schließt die Freiheit von Übeln aus.

Nicht jede Gefahr aber, welche die unerbittliche Notwendigkeit eines Übels in sich birgt, ist auch eine Notstandsgefahr. Diejenige Gefahr, durch die das rettende Opfer individuell bestimmt wird, genügt

[1]) Vers. Ansicht: v. Wächter, a. a. O. S. 372; Janka, a. a. O. S. 246; Göb, Bemerkungen zur Lehre vom Notstand, S. 26; Binding, Handb. S. 775, 776; A. Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 166; Moriaud, a. a. O. S. 306, 311; Lammasch, Gerichtssaal, XLIV, S. 314; Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr, S. 90; H. Meyer, a. a. O. S. 289; Kroner, a. a. O. S 60, 61; Titze, Die Notstandsrechte im B. G. B. und ihre geschichtliche Entwicklung, S. 104; Berner, Lehrb. des Deutschen Strafrechts, S. 106; Pretsch, a. a. O. S. 9; Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach dem B.G.B. S. 19; Wolffsohn, a. a. O. S. 38; Löffler, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXI, S. 540; Bauer, Der strafrechtliche Notstand, S. 28; Marchand, De l'état de nécessité en droit pénal, S. 181; v. Alberti, Gefährdung durch überlegene Gewalt (Notstand), S. 19, 20; Ötker, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des B. G. B. S. 25, 26; Sermet, a. a. O. S. 256, 257, 292; Birkmeyer, a. a. O. S. 1156; H. v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit Bd. II, S. 121; Rosenfelder, Erfordernis des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Falle der Notwehr, S. 38; Hammacher, Der Charakter der Notstandshandlung vom rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkt, S. 45; v. Liszt, Lehrb. des Deutschen Strafrechts, S. 148; Begründung des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“, Allg. Teil, S. 248; H. Groß, Österr. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. II, S. 108.

[2]) Plato, Über die Gesetze, Buch V, 10.

[3]) Victor Hugo, Les Misérables.

keineswegs, obwohl ein Übel unter allen Umständen eintreten muß: die Hintermänner einer Bergpartie, deren Vordermänner ins Rutschen gekommen sind, müssen mitstürzen, falls sie das Seil nicht durchschneiden wollen; der Gefängniswärter, der die Schlüssel in der Hand hält, muß auch das Leben preisgeben, falls er die Schlüssel freiwillig nicht herausgeben will[1]). Die der N.S.H. vorausgehende Gefahr muß vielmehr eine solche sein, bei welcher der Täter das rettende Opfer individuell wählen kann. Eine so beschaffene Gefahr liegt z. B. vor, wenn ein Bootführer seine Passagiere nur dadurch retten kann, daß er einen von ihnen hinausstößt. Der Täter ist hier keineswegs genötigt, eine individuell bestimmte Person aufzuopfern: er kann das gleiche Resultat erzielen sowohl wenn er den Insassen A wie wenn er den Insassen B oder C hinauswirft. Nicht anders verhält es sich mit demjenigen Gefängniswärter, der entweder sterben oder die an sicherem Orte versteckten Schlüssel hergeben, somit die politischen Verbrecher erdolchen lassen muß, denn er kann sowohl seine Pflicht auf Kosten seines Lebens erfüllen, wie sein Leben auf Kosten seiner Pflicht retten.

Worin besteht aber die N.S.H.? Welches sind ihre spezifischen Merkmale? — Darin, daß sie ein Übel bedeuten muß, kann keineswegs ein spezifisches Merkmal erblickt werden, da ein Übel auch dann eintreten muß, wenn sie unterlassen wird. Das Charakteristische der N.S.H. besteht vielmehr darin, daß das Übel, welches sie herbeiführt, kleiner ist, als dasjenige, welches eintreten müßte, wenn man die Notstandsgefahr ungehemmt sich entfalten ließe. Beide Besitzer des „Schulbretts" würden z. B. zu Grunde gehen, wenn sie mit stoischem Gleichmut zusähen, wie sie immer mehr untertauchen, ein Mensch geht dagegen verloren, ein kleineres Übel tritt also ein, wenn die N.S.H. vorgenommen wird. In Lord Byrons Don Juan, Gesang II, in „Mignonette" — und in „Holmes" — Fall würden alle Insassen zu Grunde gegangen sein, wenn man die Notstandsgefahr ungehindert hätte fortschreiten lassen; einer bezw. einige der Insassen gingen dagegen verloren, ein kleineres Übel wurde also erzielt, indem man in den Verlauf der Notstandsgefahr eingriff[2]).

[1]) Vers. Ansicht: R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 48, 73 und Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, S. 194.

[2]) Man pflegt unter Notstandshandlungen auch diejenigen gefahrentkräftenden Handlungen zu verstehen, von denen man keineswegs sagen kann, daß sie ein kleineres Übel bedeuten, als das durch sie vermiedene: ein Heizer der „Titanic", der nicht mehr weiß, wo sein Rettungsgürtel ist, stürzt in die

Nicht immer genügt es jedoch, daß die Notstandshandlung ein kleineres Übel bedeute als die ungestörte Entfaltung der Notstandsgefahr. **Kann der Notstandstäter nicht nur zwischen zwei, sondern zwischen drei, vier oder mehreren Übeln wählen, so muß er das möglichst kleinste aussuchen.** Der Bootführer, der durch Überbordwerfen von zwei Menschen die Notstandsgefahr entkräften kann, darf daher nicht mehr als zwei Menschen hinausstoßen, obgleich das Übel, welches verursacht würde, wenn er drei oder vier Insassen aufopferte, immerhin kleiner wäre, als dasjenige, wenn er gar keinen Menschen den Wellen preisgäbe, somit den Untergang aller Passagiere herbeiführte. Nicht anders verhält es sich mit dem Rechtsgenossen, welchem mehr als zwei ungleich wichtige Pflichten auftauchen, von denen eine jede, aber nicht mehr als eine erfüllt werden kann: er muß z. B. gleichzeitig als Zeuge im Gericht auftreten, einen unmittelbar drohenden Raub anzeigen und die Abfahrt eines Dampfers verhindern, in welchen eine Höllenmaschine eingeschleppt ist, die auf dem Wege, Hamburg-Amerika, explodieren soll. Der Rechtsgenosse, welcher auch durch Erfüllung der zweiten Pflicht ein kleineres Übel erzielen könnte, als wenn er die erste oder gar keine Pflicht erfüllte, muß hier der wichtigsten Pflicht nachkommen, weil dadurch das größte Staatsinteresse wahrgenommen, somit das möglichst kleinste Übel erzielt wird.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung des Verfassers, welche die drohenden Übel abzuwägen fordert, vergleicht die jetzt herrschende Ansicht, die wohl Relativitätstheorie bezeichnet werden kann, die kollidierenden Güter bezw. Interessen: sie verlangt, daß das durch die Notstandshandlung erhaltene Gut bezw. Interesse wertvoller sei, als das durch dieselbe Handlung verletzte [1]). Daher entsteht eine große Verlegen-

Telegraphistenkabine und reißt dem daselbst noch arbeitenden Telegraphisten den Rettungsgürtel weg; ein von Raubmördern verfolgter Mensch entgeht dem Tode dadurch, daß er die Pferde des Wagens laufen läßt, was sie können, und infolgedessen ein Dutzend Kinder überfährt. Diese Handlungen wollen wir, vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichend, Notstandsexzesse nennen, da sie keineswegs den gleichen sozialen Wert besitzen, wie die Notstandshandlungen. Näheres darüber im folgenden § 2.

[1]) Diese Theorie vertreten, sofern Kollisionen von Leben bezw. Vermögen mit Vermögen in Betracht kommen: Berner, De impunitate propter summam necessitatem proposita, S. 10; Stammler, a. a. O. S. 74, 75, 76, der auch die Kollision von Leben und Leben vom Gesichtspunkt der Relativitätstheorie aus betrachtet; v. Buri, Im Gerichtssaal, 1878, S. 454, 455; Hälschner, a. a. O. S. 489; Lasson, System der Rechtsphilosophie S. 460, 462; Binding, Handb. S. 762, 783; Moriaud, a. a. O. S. 261; Tobler, a. a. O. S.

heit für diese Theorie, wenn zwei gleichwertige Güter bezw. Interessen gefährdet sind, von denen nur das eine auf Kosten des anderen gerettet bezw. wahrgenommen werden kann: kann doch solchenfalls niemand behaupten, daß das gerettete Gut bezw. Interesse wertvoller sei als das rettende Opfer, obgleich jedermann die Notstandsqualität derjenigen Handlung zugestehen muß, welche das eine Gut bezw. Interesse auf Kosten des anderen rettet[1]). Noch hilfloser steht aber die Relativitätstheorie da, wenn z. B. die Notstandsgefahr soweit vorgerückt ist, daß nur noch ein kleinerer Teil der Waren bezw. Menschen gerettet werden kann, wenn deren größerer Teil den Wellen preisgegeben wird: es wäre eine grobe Vergewaltigung der klarsten Wahrheit, wollte man hier behaupten, daß die geretteten Güter wertvoller seien als die rettenden Opfer. Gegen die Relativitätstheorie spricht endlich der Umstand, daß auch derjenige Schiffskapitän sich auf sie stützen kann, welcher $^2/_5$ der Waren über Bord wirft, obwohl er die drohende Gefahr durch Aufopferung von $^1/_5$ paralysieren konnte: kann er doch sagen, daß die von ihm geretteten Waren ($^3/_5$) trotzdem wertvoller sind, als die rettenden Opfer ($^2/_5$).

Alle diese Verlegenheiten, welche die Relativitätstheorie heraufbeschwört, verschwinden aber, sobald man nicht die kollidierenden Güter bezw. Interessen, sondern die drohenden Übel vergleicht und die Notstandshandlung als eine Handlung auffaßt, welche das möglichst kleinste

43, 45; R. Merkel, a. a. O. S. 41, 42, 84; H. Meyer, a. a. O. S. 284; Titze, a. a. O. S. 30, 105; Beling, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XVIII, S. 276; Eger, Der Einschluß der Verschuldung beim strafrechtl. Notstand, § 14; Schollmeyer, a. a. O. S. 19; Löffler, a. a. O. S. 578; Marchland; a. a. O. S. 150; Miricka, Die Formen der Strafschuld, S. 151; Otker, Über Notwehr und Notstand, S. 47; Sermet, a. a. O. S. 183—214; Torp, Zeitschrift für die g. Strafrechtsw. Bd. XXIII. S. 101; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, S. 128; Hammacher, a. a. O. S. 45, 48; Kühn, a. a. O. S. 46; Begründung des „Vorentw.", S. 246.

[1]) Stammler, der das richtige gefühlt hat, aber nicht begründen konnte, sagt, a. a. O. S. 76: „Das in einem Notstandskonflikt zweier gleichwertiger Rechtsgüter Besiegte ist mit rechtlicher Billigung unterlegen, da es sich als das tatsächlich schwächere und daher als das für das Recht weniger Wertvolle herausgestellt hat". Hieran knüpfen v. Buri, a. a. O. S. 440; Moriaud, a. a. O. S. 211; R. Merkel a. a. O. S. 46 und Otker, Über Notwehr und Notstand, S. 57 ihre richtigen Bemerkungen an. Otker: „In solchen Handlungen beim Fehlen anderer Kriterien in der größeren Körperkraft den größeren Wert zu finden, ist ein Verlegenheitsbehelf, mit dem das Prinzip (der Erhaltung des wertvolleren auf Kosten des minderwertigen Rechtsgutes) aufgegeben wird".

Übel erzielt. Dann braucht man nicht zu behaupten, daß die physische Kraft oder gar die Schlauheit den sozialen Wert des einen Schiffbrüchigen erhöht, dem es gelingt, den anderen vom „Brette" hinunterzustoßen: der Notstandstäter kann sich damit rechtfertigen, daß das Übel, welches seine Handlung verursacht — die Vernichtung eines Menschenlebens —, kleiner ist, als dasjenige, welchem sie vorbeugt — der Untergang zweier Menschen —. Ist dagegen die Notstandsgefahr so vorgerückt, daß nur noch die Minorität der Gefährdeten gerettet werden kann, wenn deren Majorität aufgeopfert wird, so kann der Notstandstäter zu seiner Rechtfertigung vorbringen, daß das Übel, welches seine Handlung verursacht, kleiner ist, als dasjenige, dem sie vorbeugt — der Untergang aller Gefährdeten. Zuletzt kann man dem Bootführer, welcher drei von seinen sieben Passagieren hinausstößt, obgleich die drohende Gefahr durch Aufopferung von zwei Menschen behoben werden konnte, vorwerfen, daß er keineswegs das möglichst kleinste Übel erzielt hat, welches darin besteht, daß nicht mehr und nicht weniger als zwei Personen hinausgeworfen werden.

Wer soll aber — wird man fragen — den Wertmesser abgeben, mit dessen Hilfe das kleinste Übel zu ermitteln ist? — Daß der Einzelne diesen Wertmesser nicht abzugeben vermag, ist leicht einzusehen: widerstreitet ja nicht selten das Interesse des Einzelnen dem der Rechtsgemeinschaft so heftig, daß die ständige Anwendung des individuellen Wertmessers die Entfachung des bellum omnium contra omnes, den Untergang der Rechtsordnung bedeuten würde. Aus dem Wesen des ganzen Rechtes, welches im Dienste nicht des Individuums, sondern der sozialen Gemeinschaft steht, folgt vielmehr, daß die Rechtsgemeinschaft zum Wertmaßstab dienen muß. Das Interesse der Rechtsgemeinschaft, mit dessen Hilfe der Notstandstäter das kleinste Übel zu ermitteln hat, darf man aber keineswegs mit dem Interesse der Mehrheit der Gefährdeten identifizieren: das Interesse der Mehrheit und das der Rechtsgemeinschaft decken sich nicht immer, sie schließen einander vielmehr nicht selten aus. Wenn sich auf dem bedrohten Rettungsboote nur noch die Minorität seiner Insassen retten kann, falls deren Majorität aufgeopfert wird, so hat die Mehrheit der Gefährdeten, abgesehen von ihrer Eigenschaft als Rechtsgenossen, gar kein Interesse an der Notstandshandlung, da sie sowohl bei deren Vornahme wie bei deren Unterlassung zu Grunde gehen muß. Anders steht es dagegen mit der Rechtsgemeinschaft: sie hat ein großes Interesse an der

Notstandshandlung, durch die der unnötige Verlust der Minorität vermieden wird, somit das kleinere von den zwei Übeln eintritt, deren eines die Rechtsgemeinschaft notwendig treffen muß.

Somit sind u. E. die objektiven Merkmale der N.S.H. aufgezählt. Was dagegen die subjektiven Merkmale betrifft, so ist zu erwähnen, daß die N.S.H. eine zurechenbare Willensbetätigung eines Menschen, kurz, eine Handlung im Rechtssinne sein muß. Dieses Erfordernis hat insofern Bedeutung, als wir von einer N.S.H. nicht reden dürfen, wenn die Gefahrabwendung, welche alle objektiven Merkmale einer N.S.H. besitzt, von einem Naturereignis, von einem Tier oder einem unzurechnungsfähigen Menschen ausgeht: ein Erdbeben bezw. Hagel, ein scheues Pferd oder ein Wahnsinniger zerbricht das Fenster des Zimmers, wo mehrere Kinder den Gaserstickungstod sterben, ermöglicht somit das Eindringen frischer Luft, welche die völlige Vergiftung der Kinder verhindert.

Der Notstandstäter muß endlich die Gefahr kennen und seine Handlung als Mittel zur Abwendung der Gefahr betrachten. Dieses Erfordernis kann man erst dann recht würdigen, wenn man die Möglichkeit in Erwägung zieht, daß der Erfolg, den die N.S.H. bezweckt, auch Betätigung eines unbewußt oder bewußt rechtswidrigen Willens sein kann, dem es gar nicht auf die Gefahrabwendung ankommt, da er keine Ahnung von der Gefahr hat: ein fahrlässiger Spaziergänger oder ein böswilliger Landstreicher, dem es einzig und allein auf die Beschädigung ankommt, zerstört das Fenster eines Zimmers, in dem mehrere Kinder in Gefahr sind zu ersticken, ermöglicht somit das Eindringen frischer Luft, wodurch der Vergiftung vorgebeugt wird. Hier müßte man, falls man vom zweiten subjektiven Merkmal absieht, diese Täter wie den verdienstvollen Schutzmann behandeln, der an die Zerstörung des Fensters geht, weil er die erkannte Gefahr auf keine andere Weise abwenden konnte. Zu einer solchen gleichmäßigen Behandlung sehen wir aber gar keinen Anlaß, da sie nichts anders als eine Förderung der Verbrechen bedeuten kann [1]).

[1]) Die Ansicht, daß die N. S. H. absichtliche Handlung sein muß, vertreten: Hälschner, a. a. O. S. 501; Eger, a. a. O. S. 18; Bähr, Die Bestimmungen des B. G. B. über Notwehr und Notstand, S. 91, 117; Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes S. 63, 64; Begründung des „Vorentw." S. 41. — Anderer Ansicht ist dagegen Titze, a. a. O. S. 108: er sieht vom Erfordernis ab, daß der N. S. Täter die Gefahr kenne. Zur Begründung seiner Ansicht bringt Tietze vor, daß sonst der Unzurechnungsfähige von der „Wohltat" der §§ 52, 54 ausgeschlossen sei. Diese Begründung ist aber nicht stich-

§ 2. Die rechtliche Natur der N.S.H.

Die Tatsache, daß die N.S.H. Rechtsgüter bezw. Interessen verletzt, gibt uns schon zu erkennen, daß es dem Gesetzgeber keineswegs gleichgültig sein kann, ob die N.S.H. vorgenommen oder unterlassen wird, daß er vielmehr Stellung pro oder contra nehmen muß. Dabei scheint es, daß er die N.S.H., welche ein Übel für ihn bedeutet, mißbilligen müßte. Blickt man aber tiefer in das Wesen der N.S.H. hinein, vergißt man nicht, daß sie das einzige Mittel ist, einem anderen Übel vorzubeugen, welches schlimmer ist, als sie selbst, so würde man sein Werturteil vollständig umändern müssen. Der Gesetzgeber, der hier vor der Alternative steht, zwischen mindestens zwei Übeln zu wählen, deren eins notwendig eintreten muß, will stets das größere Übel vermeiden. Dies kann er aber nur dann, wenn er das kleinere Übel zuläßt. Sein Wille, der darauf gerichtet ist, das größere Übel zu vermeiden, schließt daher das Wollen des kleineren Übels in sich. (Das thelematische Grundgesetz.) Die N.S.H., das kleinere Übel, steht somit nicht im Widerspruch, sondern im Einklang mit dem Rechtswillen des Gesetzgebers. Solche Handlungen aber, welche gemäß dem Rechtswillen sind, heißen rechtmäßig. Die N.S.Hgen sind daher rechtmäßig.

Ganz anders muß dagegen das Werturteil des Gesetzgebers ausfallen, wenn die Notstandsexzesse in Betracht kommen, die — im Gegensatz zu den N.S.Handlungen — keineswegs ein kleineres Übel bedeuten als das vermiedene. Diejenigen N.S.exzesse, welche ein entschieden größeres Übel bedeuten als das vermiedene — ein Eisenbahnwärter rettet sein ertrinkendes Kind auf Kosten seiner Pflicht, einer unmittelbar bevorstehenden Katastrophe vorzubeugen, infolgedessen dreißig Passagiere getötet werden —, diese N.S.exzesse muß der Gesetzgeber mißbilligen, da er widrigenfalls

haltig und zwar aus zwei Gründen: 1. sie verstößt gegen die psychologische Tatsache, daß der Unzurechnungsfähige die Gefahr ebensogut kennen kann, wie jeder zurechnungsfähige Mensch; daher ist es gar nicht ausgeschlossen, daß er sich u. U. klug rette. 2. Der Unzurechnungsfähige bedarf der „Wohltat" der §§ 52, 54 gar nicht, da er unter dem mächtigen Schutz des § 51 steht: er muß daher straflos ausgehen nicht nur dann, wenn seine Willensbetätigung alle objektiven Merkmale einer N. S. H. aufweist, sondern auch dann, wenn seine Tat die objektiven Merkmale eines Verbrechens besitzt: ein Geisteskranker, der „berühmt" werden will, erschießt den vorbeifahrenden König oder verursacht eine furchtbare Katastrophe, wobei Tausende von Menschen um ihr Leben kommen.

gegen sein Lebensprinzip verstoßen würde, wonach er von den Übeln, deren eins notwendig eintreten wird, stets das kleinste wählen muß. Aber auch diejenigen N.S.exzesse, die ein gefährdetes Rechtsgut auf Kosten eines gleichwertigen, aber gar nicht gefährdeten retten, muß er mißbilligen: verliert die Rechtsgemeinschaft stets das gleiche, z. B. einen Menschen, sowohl dann, wenn der Gefährdete die Gefahr auf seinen gar nicht gefährdeten Mitmenschen abwälzt, wie dann, wenn er sein Unglück selbst erträgt, so kann der die Gemeinschaft fördernde Wille des Gesetzgebers nur dahin gehen, daß der Gefährdete seinen N.S. bestehe.

Die N.S.exzesse gehen also wider den Willen des Gesetzgebers, sind somit rechtswidrig. Sind sie aber auch zu bestrafen? Wir meinen: ja. Diejenigen Notstandsexzedenten, die selbst oder deren Angehörige mitgefährdet sind, — ein Schiffbrüchiger reißt einem anderen den Rettungsgürtel weg, um sich selbst oder seinen Bruder zu retten; A entgeht der verbrecherischen Kugel dadurch, daß er die unbeteiligten B, C und D vor sich schiebt, somit dem Tode preisgibt —, diese N.S.exzedenten sind freilich straflos zu lassen oder wenigstens milder zu bestrafen als derjenige Matrose, der einen Insassen des Rettungsbootes hinausstößt, um einen unbekannten heranschwimmenden Schiffbrüchigen aufnehmen zu können. Das Motiv welches hier den Gesetzgeber treibt, die Notstandsexzedenten, die selbst oder deren Angehörige mitgefährdet sind, milder zu bestrafen oder ganz straflos ausgehen zu lassen, ist das gleiche, welches ihn veranlaßt, die rechtswidrigen Täter der §§ 157, 257, Abs. 2, 313 Abs. 2 des Str.G.B. straflos zu lassen oder milder zu behandeln als jeden anderen.

Das ist unsere Ansicht über die rechtliche Natur der N.S.Handlungen. Was dagegen die Literatur betrifft, so sind hier im großen Ganzen vier Ansichten zu verzeichnen:

1. die erste Ansicht geht dahin, daß alle Notstandshandlungen rechtswidrig (bezw. rechtsfrei) sind;

2. die zweite —, daß sie zum Teil rechtmäßig, zum anderen Teil rechtswidrig sind;

3. die dritte —, daß sie zum Teil rechtmäßig, zum anderen Teil unverboten sind;

4. die vierte —, daß sie rechtmäßig sind.

I.

Die erste Theorie, welche das Notrecht leugnet und wonach alle Notstandhandlungen rechtswidrig (bezw. rechtsfrei) sind, vertreten:

1. v. Wächter, a. a. O. S. 360.

2. Geyer. Er sagt, Lehre von der Notwehr, S. 4: „Aber auch wenn man das Notrecht in dem Sinne auffassen will, daß bei einer Kollision das niedere dem höheren weichen müsse, hat man einen sich selbst widersprechenden Begriff aufgestellt. Jenes höhere Recht, welches das niedere verschlingt, ist nichts weiter als ein Recht, Unrecht zu tun. Denn jedes Recht ist heilig und man hüte sich Forderungen als rechtliche Forderungen aufzustellen, welche, konsequent durchgeführt, das Recht selbst vernichten." Zur Lehre vom Notstand, S. 75: „Gibt es wirklich eine generalis jurium proportio, so muß sie überall anzuwenden sein. Wenn Jemandem die Gefahr droht, einen Schaden von 10000 Talern zu erleiden, so muß er dann das Recht haben, diesen Schaden dadurch abzuwenden, daß er einem anderen einen Schaden von 1000 Talern zufügt, denn auch hier werden die Wagschalen in bedeutendem Maße ungleich stehen. Das heißt nun in der Tat, das Recht dem Unrecht opfern. Was kann denn auch anders gemeint sein, als daß die Rücksicht auf das Wohl des Staates und der übrigen Bürger dies zuläßt?" — Diese Ausführungen Geyer's beweisen aber gar nichts, da sie nichts anders als Ausfluß der unhaltbaren individualistischen Rechtsauffassung sind, wonach man absolute, jeder Rücksicht auf die Rechtsgemeinschaft entbundene Rechte besitzen kann.[1])

3. Janka. Er begründet seine Ansicht folgendermaßen. Der strafrechtliche Notstand, S. 168: „Das Gut, durch dessen Verletzung das andere sich zu erretten vermag, steht an sich, d. i. in dem gewöhnlichen Gange der Dinge unter dem Schutze des Rechts, die Verletzung ist verboten. Soll dieselbe in einem exzeptionellen Falle zum ausnahmsweisen Rechte werden, so muß das Recht die eigene Regel durchbrechen, es muß das Verbot bedingungsweise aufheben, einen Angriff legitimieren, den es unter sonstigen Umständen untersagt, dem es mit dem ganzen Gewichte seines Ansehens entgegentritt. Ein solches Abgehen von der strengen Allgemeinheit des Rechtssatzes

[1]) Daß die individualistische Rechtsauffassung unhaltbar ist, brauchen wir an diesem Orte nicht auszuführen: Wir verweisen auf Lasson, a. a. O. S. 210, 251, 258 und besonders v. Ihering, Zweck im Recht, Bd. I S. 423 bis 427, 523—532 und Geist des römischen Rechts, Bd. I S. 7.

ist in gewisser Richtung immer mit einer Gemeingefahr verbunden. Ein Recht, das seine Verbote leicht selbst wieder aufgibt, schädigt die Autorität des Verbotes und hiermit die eigene Autorität." Diese Befürchtung Jankas, die auch v. Ferneck, a. a. O. Bd. II, S. 63 hegt, ist aber unbegründet, da das Ansehen des Rechtes, die Autorität der Rechtsregel keineswegs aufrecht erhalten, sondern geradezu erschüttert wird, wenn der Gesetzgeber dem Notstandstäter verbietet — und was anderes kann es bedeuten, wenn er ihn zum Delinquenten brandmarkt? — seinen gefährdeten Mitmenschen auf Kosten einer fremden unbedeutenden Sache zu retten: jeder Rechtsuntertane wird erkennen, daß der Gesetzgeber das Unvernünftige will; jeder Machthaber — und der Gesetzgeber ist ein solcher — erschüttert aber seine Autorität, wenn er der Unvernunft dient.

„Es ist endlich nicht einzusehen" — fügt Janka, a. a. O. S. 171 hinzu — „der Fall möge liegen wie immer, weshalb der Betroffene, der sein Gut verliert, damit das Gut des Anderen erhalten bleibe, zugleich auch den Ersatz verlieren soll. Dieses aber wäre die selbstverständliche Konsequenz des Notrechts." — Auch dieser Einwand Jankas, den auch Neubecker, Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, S. 116 vorbringt, hält nicht Stich, da die Schadensersatzpflicht nicht nur an Delikte, sondern auch an Rechtsausübungen angeknüpft werden kann[1]).

4. Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, S. 104, 105.

5. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, S. 488, 501.

6. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrecht. Berolzheimer, der (S. 15) die Notstandshandlungen „sittlich verboten, rechtlich erlaubt" nennt, sagt S. 8, 9: „Es ist in keiner Weise dargetan, was den Staat veranlassen konnte, die an sich rechtswidrige Handlung zur Rechtsbetätigung zu erheben." — Hier muß vor allem bemerkt werden, daß es unrichtig ist, wenn Berolzheimer von „an sich rechts-

[1]) Derselben Ansicht: Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 765, Note 30: „Die Frage, ob die Notstands-Verletzung zum Schadenersatz verpflichte, ist ganz unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit. Pflichterfüllungen lassen im heutigen Reichsrecht nicht selten Ersatzverbindlichkeiten entstehen". Ferner R. Merkel, a. a. O. S. 102—237; v. Blume, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. II S. 203, 208; Löffler, a. a. O. S. 560, 562; Knauer, Über den strafrechtl. Notstand, S. 8; v. Ferneck, a. a. O. Bd. II S. 147.

widrigen Handlungen" redet: es gibt keine einzige Handlung, die an sich, d. h. unter allen Umständen rechtswidrig wäre; der konkrete Zweck ist es vielmehr, der den Handlungen die rechtliche wie die ethische Farbe verleiht[1]). Was dagegen das Motiv betrifft, welches den Staat veranlaßt, Notrechte anzuerkennen, so ist zu sagen: der ewige Schöpfer des Rechtes, der Drang der sozialen Gemeinschaft nach dem kleinsten Übel, veranlaßt eben den Staat die „an sich rechtswidrige" Handlung zur Rechtsbetätigung zu erheben.

7. Birkmeyer, a. a. O. S. 1157.

8. H. v. Ferneck, a. a. O. v. Ferneck, der im Bd. II, S. 71, die Notstandshandlungen rechtsfrei nennt, sagt im Bd. I, S. 302 gegen das Notrecht: „Und nachdem man bei der Notwehr von Recht spricht, ohne daß man sich um die notwendige Korrelation mit der Pflicht zu kümmern, so daß noch immer der Ausweg bleibt, dieses Recht doch wieder nicht als subjektives Recht zu bezeichnen, so liegt beim Notstand nach herrschender Ansicht allerdings ein subjektives Recht; denn der Eigentümer der Sache, auf die der Gefährdete einzuwirken das Recht hat, hat die Pflicht, die Einwirkung zu dulden. Und er hat die Pflicht, obwohl er das dingliche Recht hat. Damit ist aber der Zirkel geschlossen." — v. Ferneck braucht aber u. E. keinen Zirkel zu sehen, da das Recht und die Pflicht keineswegs inkompatibel sind: es gibt kein einziges Recht, das nicht von der Pflicht, auf die Rechtsgemeinschaft Rücksicht zu nehmen, durchtränkt ist. Diese Pflicht erfüllt der Eigentümer, in dessen Rechtssphäre der Notstandstäter eingreift, eben dadurch, daß er den Eingriff duldet. Besteht aber eine solche Duldungspflicht — und sie wird nebenbei auch von v. Ferneck, a. a. O. Bd. II, S. 148, 149 anerkannt —, so ist damit alles vorhanden, wovon v. Ferneck, a. a. O. Bd. II, S. 98 das Dasein des Notrechtes abhängig macht: „von einem Notrecht könnte richtigerweise nur dann die Rede sein, wenn der Träger des kollidierenden niederen Interesses

[1]) Richtig denken darüber: v. Ihering, Zweck im Recht, Bd. II S. 583; Liepmann. a. a. O. S. 6; Miricka, a. a. O. S. 149, 150; Paulsen, System der Ethik, Bd. I S. 237, 238, Bd. II S. 210, 213.

die Pflicht hat, den Eingriff zur Wahrung des größeren Interesses zu dulden." Die Opposition v. Fernecks gegen das Notrecht stellt sich daher als eine grundlose heraus.

9. Neubecker, a. a. O. S. 338, 120, 123.

II.

Die zweite Theorie nennt die Notstandshandlungen rechtmäßig, wenn sie die Konflikte zwischen Leben bezw. Vermögen und Vermögen lösen, dagegen rechtswidrig, wenn sie die Konflikte zwischen Leben und Leben beseitigen[1]). Diese Theorie, die nur insofern richtig ist, als sie das Notrecht anerkennt, ist, was die zweite Gruppe von Notstandshandlungen betrifft, unrichtig und inkonsequent durchdacht. Es ist kein logischer Grund zu finden, wenn sie die Handlung desjenigen Notstandstäters rechtswidrig nennt, also mißbilligt, der ein paar Insassen über Bord wirft, damit wenigstens die übrigen erhalten bleiben: wird doch in diesem Fall nicht weniger als dann, wenn wir uns statt Menschen Waren denken, im Einklang mit dem legislativpolitischen Grundsatz gehandelt, wonach von den Übeln, deren eins unvermeidlich ist, stets das kleinste gewählt werden muß. Die Verkehrtheit der zweiten Theorie tritt aber besonders dann klar zu Tage, wenn man nach dem Grunde fragt, aus welchem der Notstandstäter straflos gelassen wird. Sie behauptet nämlich, daß er darum straflos ausgeht, weil der Gesetzgeber keinen Heroismus fordern, den Selbsterhaltungstrieb des Individuums nicht ignorieren könne[2]). Wäre aber dies der Fall, dann müßte

---

[1]) Folgende Schriftsteller vertreten diese Ansicht: Levita, Recht der Notwehr, S. 2, 14, 15; Berner, De impunitate, S. 10, 12, und Lehrbuch, S. 103; Lammasch, Zeitschrift für das Privat- u. öffentliche Recht, Bd. VI, S. 634; Göb. Behandlung, S. 185; R. Merkel, a. a. O. S. 38 41, 42. 46, 47; Kroner, a. a. O. S. 43, 44; Löffler, a. a. O. S. 580; Marchand, a. a. O. S. 147—152, 154—157; Würzburger, a. a. O. S. 39.

[2]) Vergl. Berner, De imp., S. 13 und Lehrb. S. 103; Janka, Der strafrechtl. Notstand, S. 198, 199: „Die Selbsterhaltung ist oberstes Gesetz in der Natur. Das Recht kann dieses elementare, die ganze Schöpfung durch-

man, da die Intensität des Selbsterhaltungstriebes sowohl vom Werte der rettenden Opfer, wie von der Gefahrverschuldung ganz unabhängig ist, auch denjenigen Gefahrverschulder freisprechen, der, vor der Alternative gestellt, entweder zu sterben oder die von ihm in die Gefahr gestürzten Menschen aufzuopfern, sich zum letzteren entschließt, möge die Zahl der rettenden Opfer noch so groß sein[1]). Der fahrlässige Kapitän der „Titanik" müßte z. B. straflos ausgehen, wenn er sich auf Kosten aller 2500 Insassen gerettet hätte. Die Tatsachen aber, daß kein praktischer Gesetzgeber zögern würde, solche Täter zu bestrafen, daß er die Rechtsgenossen nicht selten verpflichtet, sich aufzuopfern und daß diese Forderung sogar mit Begeisterung erfüllt wird, — man denke an den Soldaten, der sein geliebtes Vaterland verteidigt! — alle diese Tatsachen bezeugen, daß der Gesetzgeber Heroismus fordern, den individuellen Selbsterhaltungstrieb ignorieren kann, stürzen somit die zweite Theorie.

---

dringende Naturgesetz und den in demselben gegründeten Allen gleichmäßig innewohnenden Trieb, den Trieb der Selbsterhaltung nicht ignorieren". Göb, Behandlung, S. 185: „Das Gesetz kann keinen Heroismus verlangen"; Kroner, a. a. O. S. 45; Groß, Verschuldung, S. 56, 58 und Österr. Zeitschrift, Bd. II. S. 112; Pretsch, a. a O. S. 13; Knauer, a. a. O. S. 67; Auer, Der strafrechtl. Notstand, S. 35; Würzburger a. a. O. S. 39.

[1]) Es ist merkwürdig, daß manche Schriftsteller sich nicht scheuen, auch diese unsinnigen Konsequenzen ihrer Theorie zu ziehen. Hierher zu rechnen sind: Janka, Der strafrechtl. Notstand, S. 199: „Wer seine Existenz auf andere Weise nicht zu erhalten vermag, als durch einen Eingriff in das Recht, in dessen Handlung erkennt dieses kein Verbrechen, gleichviel von welcher Art dieser Eingriff ist, ohne Rücksicht auf die qualitative und quantitative Beschaffenheit der Interessen, Güter, die verletzt werden" Ebenso Österr. Strafrecht, S. 115: „Wo die Selbsterhaltung des Benötigten in Frage ist, muß eine jede, selbst die weitgehendste Verletzung, sofern, sie für die Erhaltung erforderlich ist, straflos bleiben". Kroner, a. a. O. S. 45; Groß, Verschuldung, S. 58: „Die der N. S. H. vorausgehende Schuld vermag die Forderung nicht zu rechtfertigen, auf die Erhaltung des eigenen Rechtsgutes zu verzichten. Vielmehr ist der Zwangslage Rechnung zu tragen und hat somit der rettenden Tat keine Sühne zu folgen". Knauer, a. a. O. S. 67; Auer, a. a. O. S. 12, 35.

III.

Die dritte Theorie nennt die Notstandshandlungen, welche die Konflikte zwischen Leben und Leben lösen, „unverboten", wodurch ausgedrückt wird, daß sie weder rechtmäßig noch rechtswidrig sind[1]). Diese Theorie, als deren Schöpfer Binding (Handbuch des Strafrechts, S. 765, 766) zu bezeichnen ist, bedeutet einen großen Fortschritt: sie hat erkannt, daß die Notstandshandlungen keineswegs solche Handlungen sind, die mißbilligt, somit rechtswidrig genannt zu werden verdienen, und daß der Gesetzgeber die Notstandshandlungen keineswegs darum straflos läßt, weil er keinen Heroismus fordern könne[2]). Sie leugnet aber das Notstandsrecht, da sie die N.S.H. als eine Handlung auffaßt, die man zu dulden nicht verpflichtet ist, kurz, gegen welche Notwehr zulässig ist, und welche nur der Gefährdete und dessen Angehörige straflos vornehmen können[3]). Ist aber — drängt sich die Frage auf — die Mono-

[1]) Diese Theorie vertreten: Binding, Handb. S. 765, 766; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 27; Finger, Das Strafrecht, Bd. I, S. 322; Knauer, a. a. O. S. 40, 43; Bähr, a. a. O. S. 120; Sermet, a. a. O. S. 198, 199, 200; Hammacher, a. a. O. S. 33, 34; Ötker, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. II, S. 329—334, 372.

[2]) Binding, Handb. S. 764: „Die Auffassung, es sei die Notstandsverletzung Delikt, aber mit Strafe zu verschonen, ist in sich widerspruchsvoll". S. 765: „Kollidiert Leben mit Leben und beiden ist verboten sich auf Kosten des anderen zu retten, so sollen nach dem Willen des Gesetzes beide zu Grunde gehen. Dieser Wille wäre aber die Unvernunft selbst und er würde noch sinnloser für den Notstand zwischen höherem und niederem Rechtsgute: denn das Gesetz sagte, es erkläre für widerrechtlich, daß der Rechtsordnung die schwerere Wunde erspart und nur die leichtere zugefügt werde.

Die Notstands-Verletzung ist nicht rechtmäßig, sie ist aber unverboten. Das Recht kann das Bestehen des Notstandes fordern und tut dies öfter; aber es will es nicht; es verzichtet auf Befolgung der Norm, nicht weil es untunlich wäre vom Gefährdeten den nötigen Mut zu verlangen sondern weil es dem Interesse der Rechtsordnung widerstreiten würde ihre Befolgung zu fordern". S. 766: „Außer in den seltenen Fällen, wo zu Gunsten eines Rechtsgutes ein Notrecht anerkannt ist, erscheint die Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes auf Kosten gleichwertiger und minderwertiger als unverboten. Nimmt endlich der Notstand die Gestalt eines Konfliktes zwischen Rechtsgut und Rechtspflicht an, so greift zweifellos die analoge Regel Platz: soweit nicht Notrechte anerkannt werden, ist die Erhaltung des Rechtsgutes durch eine Pflichtverletzung und umgekehrt die Erhaltung einer Pflicht durch Verletzung eines Rechtsgutes dann unverboten, wenn das größere Übel durch das kleinere und wenn von zwei gleich großen das eine durch das andere abgewandt wird".

[3]) Binding, Handb. S. 766: „Die Notstands-Verletzung ist jedoch keine solche, die der durch sie Betroffene von Rechtswegen über sich ergehen lassen

polisierung der Nothilfe legislativpolitisch empfehlenswert? Ein Matrose, der am Ufer entlang spazieren geht, hört Hilferufe aus einem bedrohten Boote, dessen Führer erkrankt ist und dessen Passagiere weder rudern noch schwimmen können. Der hilfsbereite Matrose stürzt sich nun ins Wasser und erreicht in kurzer Zeit das Boot. Bald merkt er aber, daß das bedrohte Boot nur dann ans Ufer gebracht werden kann, wenn dessen Last vermindert wird: ein paar Insassen müssen also hinausgestoßen werden, wenn der Untergang aller Gefährdeten vermieden werden soll. Soll es nun dem Matrosen, der gar nicht gefährdet ist — er kann besser als Leander [1]) schwimmen —, noch einen Angehörigen unter den Gefährdeten besitzt, soll es diesem Matrosen verboten sein, die notwendige Zahl von Menschen zu opfern? Ein solches Verbot würde den Untergang aller Gefährdeten bedeuten. Dies kann aber der Gesetzgeber nicht wollen, der stets das kleinere von den zwei Übeln wählt, deren eines unvermeidlich ist. Er muß also, wenn er sich selbst treu bleiben will, die Nothilfe dem Matrosen, somit jedem hilfsbereiten Mitmenschen erlauben.

Wie steht es aber mit dem „Schulbrette"? Soll auch hier die Nothilfe dem Dritten erlaubt sein, der keinen von beiden Schiffbrüchigen kennt, welche die beiden Enden des langen „Brettes" besetzen? Soll es ihm erlaubt sein, den einen herabzustoßen, damit wenigstens der andere erhalten bleibe? „Das ist ein frivoler Sport, aber niemals eine zu billigende Wahrung der Interessen der Rechtsordnung" — hören wir Knauer a. a. O. S. 64 sagen. Liegt aber wirklich keine Veranlassung für den Gesetzgeber vor, dem hilfsbereiten Dritten die Nothilfe zu gestatten? Ein Menschenleben muß vernichtet werden, wenn der hilfsbereite Dritte eingreifen darf, zwei Menschenleben müssen dagegen zu Grunde gehen, ein größeres Übel muß also das Gemeinwesen treffen, wenn der Eingriff des Dritten verboten ist. Diese Tatsache zeigt nun, daß der Gesetzgeber, dem der Rechtsgüterschatz anvertraut ist, sich eine Vergeudung von Menschenleben zu Schulden kommen lassen würde, falls er den

müßte. Soweit nicht Notrechte anerkannt sind, ist gegen den Versuch der Notstands-Verletzung die Notwehr in vollem Umfang zulässig und die Ausnahme von der Norm wirkt nur zu Gunsten des Gefährdeten: nicht gleichermaßen unverboten ist die Nothilfe". Vergl. ferner, S. 785, 786, 787.

[1]) Grillparzer, Des Meeres und der Liebe Wellen.

„frivolen Sport" des hilfsbereiten Dritten verbietet, kurz, daß die Beschränkung der Nothilfe auf die Angehörigen legislativpolitisch nicht zu empfehlen ist.

Der zweite Grund, aus welchem die dritte Theorie die Rechtmäßigkeit der N.S.H. leugnet, kann daher u. E. nicht hindern, das Notstandsrecht anzuerkennen. Wie steht es aber mit dem ersten Grunde, aus welchem das Notstandsrecht verneint wird? Soll die Notwehr gegen die N. S. Handlungen erlaubt sein? Darauf ist u. E. teilweise mit „ja", teilweise mit „nein" zu antworten. Es gibt nämlich Notstandshandlungen, gegen welche die Zulassung der Notwehr sehr bedenklich wäre. Ein Rettungsboot kann nicht mehr alle Insassen tragen. Einige müssen hinausgestoßen werden. Die unentbehrlichen Matrosen verlosen. Das Los trifft A, B und C, die ihre Einwilligung zur Verlosung sowohl gegeben wie verweigert haben können. Sollen nun diese Insassen das Recht haben, die pflichtbewußten Matrosen niederzuschießen, die sie hinauswerfen wollen? Sollen die männlichen Passagieren der „Titanik" die pflichttreuen Offiziere niederschießen dürfen, die sie zu den Booten, welche die Frauen und die Kinder besteigen sollten, nicht zuließen, somit dem ganz gewissen Tode preisgaben? Die Ausübung eines solchen Rechtes würde u. E. eine solche Anarchie heraufbeschworen haben, in welcher alle Insassen den Tod gefunden hätten, bevor die „Titanik" verschlungen war. Dies kann aber der Wille des Gesetzgebers nicht sein, der keine vermeidliche Wunde eintreten lassen will. Diesen seinen Willen kann er aber nur dadurch erfüllen, daß er die Ursache des vermeidlichen Übels, das Notwehrrecht, abschafft, somit denjenigen zur Duldung verpflichtet, den die N.S.H. verletzen soll. Don Juans alter Lehrer, den das Los traf, hat daher pflichtmäßig gehandelt, wenn er sich verbluten ließ[1]). Die Insassen des überfüllten Rettungsbootes, die das Los trifft, würden daher pflichtmäßig handeln, wenn sie ins Wasser springen oder sich wenigstens hinauswerfen lassen.

Es gibt aber Fälle, wo keine Verlosung möglich und keine Instanz vorhanden ist, welche das rettende Opfer individuell bestimmt, somit zur Duldung der N.S.H. verpflichtet. Wir erinnern an Karneades Fall. Hier ist keiner der beiden Schiffbrüchigen verpflichtet, sich vom anderen hinauswerfen zu lassen; jeder von ihnen,

[1]) Lord Byron, Don Juan, Gesang, II, 75, 76.

der vom anderen angegriffen wird, hat daher das Notwehrrecht, diesen Angriff abzuwehren, der nichts anders als eine rechtmäßige Notstandshandlung ist. Steckt aber darin kein Widerspruch, wenn wir von Notwehr gegen rechtmäßige Handlung reden? Wir meinen „nein" sagen zu können. Es ist ein großer Verdienst Bindings, die Tatsache hervorgehoben zu haben, daß echte Notwehr auch gegen rechtmäßige Handlungen denkbar ist[1]). Wie aber, wenn beide Schiffbrüchigen sich gleichzeitig angreifen? Kann man auch dann von Notstandsrecht sprechen? Wir meinen: ja. Der eine Schiffbrüchige besitzt dabei nicht weniger als der andere ein Notstandsrecht, infolgedessen jeder von ihnen den anderen hinausstoßen darf. Würden sich aber diese Angriffsrechte, deren jedes eine Duldungspflicht auf der anderen Seite hervorbringen soll, nicht paralysieren? Wir meinen: nein[2]). Nur die Duldungspflichten, keineswegs aber die Angriffsrechte werden sich paralysieren. Ist aber das eine ohne das andere möglich? Ist es denkbar? Wir meinen: ja. Wenn unser Soldat und der feindliche sich mit aufgepflanzten Bajonetten attackieren, dann hat jeder von ihnen ein Angriffsrecht, dem keine Duldungspflicht auf der anderen Seite korrespondiert. *Wie aber, wenn beide Notstandstäter im Kampfe fallen? Liegen dann zwei rechtmäßige, also gebilligte Tötungen vor? Das ist das Unerwünschteste, welches der Gesetzgeber in den Kauf nehmen muß, falls der Kampf nichts anders als die ultima ratio, das letzte Mittel ist, welches Aussicht auf Erzielung des kleinsten Übels verspricht.*

Die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung tritt aber u. E. besonders dann klar zu Tage, wenn ein Rechtsgut und eine Rechts-

[1]) Binding, Handb. S. 740: ... Der Angriff muß vielmehr nur ein solcher sein, den der Angegriffene nicht von Rechtswegen über sich ergehen lassen muß. Daraus erklärt sich die volle Möglichkeit einer bisher ungenügend gewürdigten, vielfach sogar geleugneten Tatsache: die echte Notwehr gegen rechtmäßige Handlungen. Sie setzt voraus, daß zwei Rechte einander widerstreiten. Dies ist aber nicht nur möglich beim Zusammenstoß verschiedener Rechtsordnungen, sondern denkbar auch bei der Rechtskollision innerhalb desselben Gemeinwesens. Der feindliche Soldat handelt nicht widerrechtlich, wenn er den unseren angreift und doch besitzt dieser gegen ihn das Notwehrrecht, denn unser Recht verpflichtet ihn nicht diesen Angriff zu ertragen".

[2]) Anderer Ansicht Binding, Handb. S. 763: „Handelt es sich um einen Notstand zwischen Leben und Leben und man nähme hier Notrechte an, so würden diese sich kreuzen, also bestimmungsgemäß paralysieren. Jeder der Lebensträger dürfte dem anderen angriffsweise ans Leben. Keiner von ihnen durfte sich aber wider den Angriff des Gegners verteidigen".

pflicht in Kollision geraten. Ein Soldat sieht sich bezw. seinen Nachbar und seinen König auf dem „Brette" sitzen. Hier ist u. E. die den Notstandstäter selbst bezw. den Nachbar vernichtende und den König rettende Notstandshandlung des Soldaten nicht nur unverboten, sondern geboten, pflicht-, somit rechtmäßig. Dies kann man aus der Tatsache erkennen, daß der Soldat bestraft werden würde, falls er die N.S.H. unterließe, welche darin besteht, daß er ins Wasser springt bezw. seinen Nachbar herunterstößt. Nicht anders verhält es sich, wenn einem Rechtsgenossen mindestens zwei Pflichten auftauchen, deren jede, aber nicht mehr als eine erfüllt werden kann: ein Eisenbahnwärter, der von zwei unmittelbar bevorstehenden Katastrophen erfahren hat, kann jeder, aber nicht allen beiden Katastrophen vorbeugen. Der Eisenbahnwärter, der hier die eine Pflicht auf Kosten der anderen erfüllt, handelt pflicht-, somit rechtmäßig, was daraus zu entnehmen ist, daß er bestraft werden würde, falls er die N.S.H. unterließe, welche die eine Pflicht wahrnimmt, somit die andere versäumt.

IV.

Was endlich die vierte Theorie anbelangt, wonach alle Notstandshandlungen rechtmäßig sind, so ist zu bemerken, daß sie kein Gewicht darauf legt, ob das rettende gleichwertige Opfer mitgefährdet oder gar nicht gefährdet ist[1]. Eine monströse Folge davon ist, daß die Handlung des Matrosen, welcher einen Insassen des Rettungsbootes ins Wasser zu springen zwingt, damit ein heranschwimmender, völlig unbekannter Schiffbrüchiger aufgenommen werden kann, rechtmäßig heißen, somit straflos ausgehen soll. Eine solche Handlung, welche die Mißbilligung des Gesetzgebers verdient, kann aber rechtmäßig nicht heißen: verliert die Rechtsgemeinschaft stets das Gleiche, z. B. einen Menschen, sowohl, wenn das Unglück des Gefährdeten auf fremde Schultern abgewälzt wird, wie dann, wenn er selbst seinen Notstand besteht, so kann der den Frieden schützende Wille des Gesetzgebers nur dahin gehen, daß der Gefährdete sein Unglück selbst ertrage.

[1] Diese Theorie vertreten: Stammler, a. a. O. S. 74, 76; v. Liszt, Lehrb. S. 148 und Begründg. des „Vorentw.", Allg. Teil. S. 249.

§ 3. Die Schuldfrage.

Folgende drei Möglichkeiten sind hier streng von einander zu unterscheiden:

I. Gefahrurheber = A; Gefährdete = B und C; Notstandstäter = D.

II. Gefahrurheber = A; Gefährdete = B und C; Notstandstäter = D; **A = D.**

III. Gefahrurheber = A; Gefährdete = B und C; Notstandstäter = D; **A = B = D.**

I.

1. Der abwesende A hat vorsätzlich rechtswidrig die hilflosen B und C in eine Gefahr gestürzt, aus welcher nur der eine auf Kosten des anderen gerettet werden kann. D rettet B auf Kosten des C. Ist hier die Tötung des C rechtmäßig oder rechtswidrig? Wir meinen, obgleich es widerspruchsvoll klingt: beides, denn sie ist nicht nur auf den rechtmäßigen Willen des Notstandstäters zurückzuführen, der das durch die Notstandsgefahr drohende Übel möglichst beschränkte, sondern auch auf den bewußt rechtswidrigen Willen des Gefahrurhebers, welcher die Notstandsgefahr heraufbeschwor, die die unerbittliche Notwendigkeit eines Menschenopfers in sich barg. Daher ist D (der Notstandstäter) freizusprechen und A (der Gefahrurheber) wegen vorsätzlicher Tötung (und Tötungsversuchs) zu bestrafen.

2. Der abwesende A hat die Gefahr für B und C nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig herbeigeführt. D, welcher nur den einen durch Aufopferung des anderen retten kann, rettet nun B auf Kosten des C. In diesem Fall ist die Tötung des C als Willensbetätigung des Notstandstäters nicht weniger rechtmäßig als im ersten Fall, dagegen als Willensbetätigung des Gefahrurhebers — fahrlässig rechtswidrig. Daher ist D (der Notstandstäter) freizusprechen und A (der Gefahrurheber) wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen.

II.

1. Der anwesende A hat vorsätzlich rechtswidrig die hilflosen B und C in eine Gefahr gestürzt. Darauf bereut er, was er getan hat, und will sie retten. Er kann aber nur den einen auf Kosten des anderen retten. Er rettet nun B auf Kosten des C. Ist hier die Tötung des C rechtmäßig oder rechtswidrig? Wir meinen, sowohl das eine wie das andere, denn sie ist gleichzeitige

Betätigung zweier zeitlich nacheinander gebildeten, rechtlich verschieden gefärbten Willen, nämlich des bewußt rechtswidrigen Willens des A, welcher die Notstandsgefahr, somit die unvermeidliche Notwendigkeit eines Menschenopfers herbeiführte, und des später gebildeten, rechtmäßigen Willens desselben A, welcher die heraufbeschworene Gefahr möglichst unschädlich zu machen strebte. A ist hier wegen einer vorsätzlich rechtswidrigen Tötung und Tötungsversuchs zu bestrafen. Unterläßt er dagegen die N. S. H., läßt er somit B und C zu Grunde gehen, obwohl er den einen auf Kosten des anderen retten konnte, so ist er wegen zweier vorsätzlicher Tötungen zu bestrafen.

2. Der anwesende A hat fahrlässig rechtswidrig die hilflosen B und C in eine Gefahr gestürzt. Dies sieht er in einem Augenblick ein, wo er nur den einen auf Kosten des anderen retten kann. Er rettet nun B auf Kosten des C. In diesem Fall ist die Tötung des C als Betätigung des zuerst gebildeten, unbewußt rechtswidrigen Willens, der die Notstandsgefahr hervorrief, fahrlässig rechtswidrig, dagegen als Betätigung des später gebildeten, rechtmäßigen Willens, der die Gefahr entkräftete — rechtmäßig. A ist hier wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen. Unterläßt er dagegen die N. S. H., läßt er somit beide Gefährdeten untergehen, obwohl er den einen retten konnte, so ist er wegen einer fahrlässigen und einer vorsätzlichen Tötung zu bestrafen, denn er hat bewußt wider die aus seiner Schuld fließende Pflicht gehandelt, wonach er den vermeidlichen Tod des einen Gefährdeten verhindern sollte.

III.

1. A hat vorsätzlich rechtswidrig sich und B in eine Gefahr gestürzt, aus welcher nur der eine auf Kosten des anderen sich retten kann. A rettet sich auf Kosten des schuldlosen B. Hier ist A wegen einer vorsätzlich rechtswidrigen Tötung zu bestrafen.

2. A hat fahrlässig rechtswidrig sich und B in eine Gefahr gestürzt. Dies merkt er in einem Augenblick, wo sich nur der eine auf Kosten des anderen retten kann. Die Schuld des A an der Gefährdung des B legt dem A die Pflicht auf, B zu retten, d. h. sich zu dessen Gunsten aufzuopfern. Rettet sich daher A auf Kosten des B, so ist er, obwohl er die Gefahr fahrlässig herbeiführte, wegen vorsätzlich rechtswidriger Tötung zu bestrafen, da er bewußt wider seine Selbstaufopferungspflicht handelte.

3. Eine solche Selbstaufopferungspflicht entsteht aber demjenigen Gefahrverschuldner nicht, der zur Abwendung der Gefahr

unentbehrlich ist: ein unentbehrlicher Matrose bringt fahrlässigerweise das Rettungsboot in eine Gefahr, die nur dadurch entkräftet werden kann, daß ein Insasse verzehrt oder über Bord geworfen wird. Der fahrlässige Matrose würde daher nicht wegen vorsätzlicher, sondern wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen sein, falls er einen der schuldlosen Insassen aufopfert, denn er hat fahrlässig die Gefahr herbeigeführt, die sich nur durch Preisgabe eines Menschen bezwingen läßt.

* * *

Das ist unsere Ansicht über die Schuldfrage. Was dagegen die Literatur anbelangt, so sind hier im großen Ganzen zwei Ansichten zu verzeichnen.

Die erste Ansicht geht dahin, daß der Notstandstäter, welcher die Gefahr verschuldet hat, für diejenige Schuldart verantwortlich zu machen sei, welche seiner die Gefahr herbeiführenden Handlung zu Grunde liegt: hat er die Gefahr bewußt pflichtwidrig heraufbeschworen, so sei er wegen Vorsatz zu bestrafen; hat er sie unachtsam hervorgerufen, so sei er wegen Fahrlässigkeit [1]) zu bestrafen. Diese Ansicht ist u. E. nur insofern richtig, als Fälle in Betracht kommen, wo der Notstandstäter, der die Gefahr verschuldet hat, gar nicht gefährdet ist. Sie ist dagegen unrichtig, sofern Fälle in Betracht kommen, wo der Notstandstäter, der die Gefahr verschuldet hat, mitgefährdet ist: habe ich unvorsichtigerweise mich und meinen Mitmenschen in eine Gefahr gestürzt, aus welcher nur der eine auf Kosten des andern sich retten kann, so kann der Wille des Gesetzgebers, der jedem zuteilt, was er verdient, nur dahin gehen, daß ich mich zu Gunsten meines schuldlosen Mitmenschen, den ich schuldhaft mitgefährdet habe, aufopfere oder aufopfern lasse; erfülle ich diese Pflicht nicht, obwohl ich meine Schuld eingesehen habe, m. a. W. rette ich mich auf Kosten des Schuldlosen, so bin ich, obwohl ich die Gefahr fahrlässig herbeigeführt habe, wegen vorsätzlicher

[1]) Diese Ansicht vertreten: v. Wächter, a. a. O. S. 375; Stammler, a. a. O. S. 68; Janka, Der strafrechtliche Notstand, S. 252, 253; Eger, a. a. O. S. 34, 42, 46, 47; Würzburger, a. a. O. S. 56; v. Liszt, Lehrb. 149; Ötker, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. II, S. 354, 356. — Janka drückt sich folgendermaßen aus: „Konnte der Täter bei gehöriger Aufmerksamkeit voraussehen, daß er in Gefahr komme und um dieselbe abzuwenden eine Rechtswidrigkeit werde begehen müssen, dann trifft ihn für die absichtliche Notstandstat die Strafe des Vorsatzes nicht — hier deckt ihn sein Notstand —, dagegen ist seine Tat, sofern das Gesetz seine Culpa straft, als fahrlässiges Delikt zu bestrafen. Auch hier liegt die Culpa schon in der ersten Handlung."

Tötung zu bestrafen, da ich bewußt pflicht-, somit rechtswidrig gehandelt habe.

Die zweite Ansicht, die Binding aufgestellt hat, geht dahin, daß der Notstandstäter, welcher die Gefahr verschuldet hat, wegen Vorsatz auch dann zu bestrafen sei, wenn er die Gefahr fahrlässig hervorgerufen hat[1]). Diese Ansicht ist ganz gesund, sofern Fälle in Betracht kommen, wo der Notstandstäter, der die Gefahr verschuldet hat, mitgefährdet ist. Auf diejenigen Fälle, wo der Notstandstäter, der die Gefahr verschuldet hat, gar nicht gefährdet ist, scheint sie dagegen nicht bezogen werden zu wollen. Es wäre auch strafrechtspolitisch unrichtig, wollte man, vom Standpunkt der zweiten Ansicht ausgehend, den fahrlässigen Gefahrurheber wegen Vorsatz mit Zuchthausstrafe belegen, falls er sich die größte Mühe gäbe, das durch die verschuldete Gefahr drohende Übel möglichst zu beschränken, daher den einen Gefährdeten auf Kosten des anderen rettet, dagegen, vom Standpunkt der ersten Ansicht ausgehend, wegen Fahrlässigkeit mit der milderer Gefängnisstrafe, falls er mit frivoler Unbekümmertheit beide Gefährdeten zu Grunde gehen ließe, obwohl er den einen auf Kosten des anderen retten konnte.

Was endlich den schuldhaften Herbeiführer der Pflichtenkonflikte anbelangt, so ist zu bemerken, daß schon Binding, dem die Notstandslehre die vollständige Berücksichtigung der Pflichtenkollisionen verdankt, das Richtige ausgesprochen hat, Handb. S. 779: „Nur zeigt sich bei der echten Pflichtenkollision allerdings, daß der bewußten Verursachung des Notstandes stets vorsätzliche, der unbedachten stets fahrlässige Pflichtenverletzung entspricht." Derselben Ansicht ist Ötker, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. II, S. 356.

[1]) Diese Ansicht vertreten: Binding, Normen, Bd. II, S. 205 und Handb. S. 778; Göb, Bemerkungen, S. 36 und Behandlung, S. 192, 193; Tobler, S. 56 und v. Bar, Bd. I, S. 266. – Binding, Handb. S. 778 spricht sich folgendermaßen aus: „Der jenem Erfordernis (daß der Notstand unverschuldet sein soll) zu Grunde liegende Gedanke ist . . . durchaus gesund; er lautet für den Rechtsgüternotstand dahin, daß es nicht ein anderer büßen soll, wenn ich mich in Gefahr gestürzt habe, — auf die Spitze getrieben: wer sich in Gefahr begeben hat, komme drinn um. Also gerade vom Urheber des verschuldeten Notstandes verlangt die Rechtsordnung, daß er ihn bestehe, daß er also „Held" sei, deshalb verbietet sie ihm die errettende Verletzung und macht zu seinen Gunsten keine Ausnahme von der Norm".

Zweiter Teil.

Die Notwehrhandlungen.

§ 1. Die Merkmale der Notwehrhandlung.

Jede Notwehrhandlung setzt eine Gefahr voraus, die — im Gegensatz zur Notstandsgefahr — ausnahmslos in einem gegenwärtigen[1]) Angriff besteht, welcher nur von einem lebendigen Wesen ausgehen kann[2]). Nicht jeder Angriff genügt aber, damit eine Notwehrhandlung (N.W.H.) vorgenommen werden kann. Der die Notwehrhandlung bedingende Angriff muß vielmehr ein solcher sein,

[1]) Derselben Ansicht: Levita, Recht der Notwehr, S. 172; Binding, Handb. S. 744, 746, 747; v. Lilienthal, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XV, S. 292; H. Meyer, a. a. O. S. 278; Schollmeyer, a. a. O. S. 5; Vigilius, Über Notwehr gegen Tiere, S. 25; Wolffsohn, Notwehr, Notstand und Nothilfe, S. 21; Marchand, De l'état de nécessité en droit pénal, S. 191; Cosack, a. a. O. Bd. I, S. 290; Minz, Die Voraussetzungen und die Wirkungen der Notwehr, des Notstandes und der Nothilfe, S. 18; Birkmeyer, a. a. O. S. 1120; Eltzbacher, Deutsche Juristenzeitung, X, S. 242; v. Nostitz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams, S. 64; Rissom, Notwehr und Waffengebrauch des Militärs, S. 13; v. Liszt, Lehrb. S. 145; Begründung des „Vorentwurfs", S. 243 und Ph. Allfeld a. a. O. S. 182.

[2]) Derselben Ansicht ist Binding, Handb. S. 735, 736 und Grundriß, S. 191: „Zur Notwehr gehört während ihrer ganzen geschichtlichen Entwicklung der Angriff eines lebenden Wesens. Gebraucht man das Wort „Angriff" bildlich, so kann der Angriff auch von einer Sache ausgehen; ein ohne Schuld seines Führers wild gewordenes Automobil bedroht Sachen oder Menschen; ein vom Sturm losgerissenes Boot ist im Begriff, auf unseres geschleudert zu werden. .... Diese Fälle .... einfach der Notwehr zu unterstellen, erzeugt Bedenken. .... Auf solche Fälle ist G. B. § 53 analog anzuwenden". — Anderer Ansicht sind dagegen: Moriaud, a. a. O. S. 37; Tobler, a. a. O. S. 63, 68; Müller, a. a. O. S. 20, 21, 40, 41, 43; Löffler, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft, Bd. XXI, S. 543, 565 und v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. I, S. 136, Note, 229a, S. 140: sie nehmen Notwehr auch gegen „angreifende" Sachen an.

den man zu dulden nicht verpflichtet ist[1]). Er kann daher nicht nur schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig), sondern auch schuldlos, lediglich objektiv rechtswidrig, ja sogar rechtmäßig[2]) sein. Gleichgültig ist dabei, ob er vom Angegriffenen verschuldet ist oder nicht. Er darf nur nicht vorsätzlich rechtswidrig provoziert sein[3]).

1. Die Notwehrhandlung selbst kennzeichnet sich dadurch, daß sie **nur** den Angreifer verletzt. In diesem Punkte stimmen fast alle Schriftsteller überein[4]). Nur van Calker, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XII, S. 471 und Rosenfelder, a. a. O. S. 70, 71 weichen von dieser Ansicht ab. Sie wollen die Verletzung eines Dritten in Notwehr als Fall der Notwehr betrachten, wenn die Handlung, durch welche sie herbeigeführt wurde, sich gegen den Angreifer richtete. Diese Ansicht, wonach der Angriff auf das geringste Rechtsgut unter Umständen nicht nur dem frechen Angreifer, sondern auch einem bezw. vielen harmlosen Dritten das Leben kosten kann, ist aber unrichtig: ein vernünftiger Gesetzgeber würde stets den Angegriffenen verpflichten, zu fliehen, Hilfe zu rufen oder schließlich das drohende Unrecht stillschweigend hinzunehmen, falls dessen Abwehr ein größeres Übel bedeutet als dessen Eintritt. Richtig denken darüber v. Buri, a. a. O. S. 472; Tobler, a. a. O. S. 151; Vigilius, a. a. O. S. 30, 31 und

[1]) Derselben Ansicht sind Binding, Handb. S. 735—740; Sommerlad, Über den Begriff der Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, in Goltdammers Archiv, XXXIV, S. 358, 359, 365; Kroner, a. a. O. S. 9, 10, 11, 17; Stirtz, Die subjektive Seite der Notwehr, S. 21; Cosack, a. a. O. Bd. I, S. 290; Knetsch, Der Begriff der Notwehr, S. 16, 17, 47, 50, 52; Rosenfelder, Erfordernis des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Falle der Notwehr, S. 29, 44, 45; Otker, Vergleichende Darstellung, S. 226, 263; Frank, a. a. O. S. 260, 261.

[2]) Derselben Ansicht ist Binding, Handb. S. 740.

[3]) Derselben Ansicht ist Binding, Normen, Bd. II, S. 203, 204, der die trefflichen Worte sagt: „Der Gesetzgeber hat gar keinen Anlaß, dem Verbrechensschmiede ein Recht zur Eigenmacht als statthaftes Mittel zur Verwirklichung seiner Pläne in die Hand zu geben und ihn dafür zu privilegieren, daß es ihm gelungen ist, einen anderen zum Unrecht zu verhetzen." Anderer Ansicht sind dagegen u. a. Levita, a. a. O. S. 188, 189; v. Liszt, Lehrb. S. 144.

[4]) Nämlich Janka, Der strafrechtl. Notstand, S. 33 und Österr. Strafrecht, S. 107; Hälschner, a. a. O. S. 485; Kohler, Shakespeare, S. 206; Binding, Handb. S. 750 und Grundr. S. 189, 191; A. Merkel, Lehrb. S. 162, 164; Moriaud, a. a. O. S. 39; Titze, a. a. O. S. 89; Beling, a. a. O. S. 276, Note 6; Groß, Verschuldung, S. 10; Haenle, a. a. O. S. 17; Marchand, a. a. O. S. 20, 160; Knetsch, a. a. O., S. 68; Rissom, Notwehr und Waffengebrauch des Militärs, S. 24; Otker, Vergl. Darst. S. 291.

Rissom, a. a. O. S. 26, welche eine Konkurrenz zwischen Notwehr und Notstandshandlung annehmen und das Notwehrrecht nicht weiter reichen lassen, als das Notstandsrecht es zuläßt.

2. Die Notwehrhandlung richtet sich ferner nicht nach dem Werte des angegriffenen Gutes, sondern nach der Heftigkeit des Angriffs; das wertvollste Rechtsgut des Angreifers darf daher zerstört werden, falls er hartnäckigerweise seinen Angriff nicht unterlassen will. So lautet auch die herrschende Ansicht[1]). Anderer Ansicht sind dagegen Moriaud, a. a. O. S. 202, 302; Liepmann, a. a. O. S. 180, 183 und Jäger, a. a. O. S. 21: sie verlangen eine Proportionalität zwischen der Energie der Verteidigung und der Bedeutung des angegriffenen Gutes. Ihre Ansicht ist aber unrichtig, denn, wie Binding, Handb. S. 752 trefflich bemerkt, „eine Proportionalität zu fordern zwischen der Energie der Verteidigung und der Bedeutung des angegriffenen Gutes, heißt dem energischen Angreifer auf geringere Güter den Sieg offiziell in die Hand spielen". Man vergleiche ferner v. Ihering, Kampf ums Recht, S. 92 und Ötker, Vergleichende Darstellung, Allg. Teil, Bd. II, S. 325.

3. Das dritte Merkmal der Notwehrhandlung besteht darin, daß sie kein subsidiäres Mittel ist. Der Angegriffene ist selbst dann nicht verpflichtet, zu fliehen, Hilfe zu rufen, wenn er es ohne Gefahr kann: die rücksichtslosen Angreifer verdienen keine Rücksicht[2]). Anders verhält es sich freilich, wenn der Ange-

[1]) Diese Ansicht vertreten: Sander, Archiv des Crim.-Rechts, 1841, S. 76, 77; Berner, Archiv des Crim.-Rechts, 1848, S. 570; Levita, a. a. O. S. 343, 344; Geyer, Lehre von der Notwehr, S. 38; Stillmark, S. 55; Janka, Der strafrechtliche Notstand, S. 25, 26 und Österr. Strafrecht, S. 110, 111; Hertz, a. a. O. S. 101; Hälschner, a. a. O. S. 478; Binding, Handb. S. 750, 752 und Grundriß, S. 189; A. Merkel, Lehrb. S. 164; H. Meyer, Lehrb. S. 290; Titze, a. a. O. S. 89; Schollmeyer, a. a. O. S. 4, 5; Müller, a. a. O. S. 33; Wolffsohn, a. a. O. S. 40; Löffler, a. a. O. S. 541; Finger, a. a. O. S. 312; Cosack, a. a. O. Bd. I, S. 290; Minz, a. a. O. S. 18; Ötker, Über Notwehr und Notstand, S. 11 und Vergleichende Darstellung, S. 283; Birkmeyer, a. a. O. S. 1120; Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 132 und legislative Behandlung, S. 126; v. Ferneck, a. a. O. Bd. II, S. 125, 128; Nostiz-Wallwitz, a. a. O. S. 65; v. Bar, a. a. O. Bd. I, S. 188; Knetsch, a. a. O. S. 72; Rissom, a. a. O. S. 18; v. Liszt, Lehrb. S. 146: Frank, a. a. O. S. 261; Kantorowicz, a. a. O. S. 293, 294.

[2]) Derselben Ansicht sind: Levita, a. a. O. S. 237; v. Ihering, Kampf um's Recht, S. 93, 96; Stillmark, a. a. O. S. 53, 54; Janka, Der strafrechtliche

griffene sieht, daß er einen unzurechnungsfähigen oder irrenden Menschen vor sich hat. In solchem Fall ist er u. E. verpflichtet, Hilfe zu rufen, auszuweichen oder aufzuklären, falls er es ohne Gefahr kann: möglichste Schonung des Angreifers, Subsidiädität der Notwehrhandlung ist hier geboten[1]). Sind aber die Flucht, der Hilferuf und die Aufklärung aussichtslos, so ist der Angegriffene zu der den Angreifer u. U. vernichtenden Notwehrhandlung berechtigt: er ist nicht verpflichtet, sich den Kopf abschneiden zu lassen, falls er sich auf keine andere Weise als durch Tötung des bezw. der Angreifer retten kann, möge ihre Zahl noch so groß sein.

4. Die Notwehrhandlung ist, endlich, absichtliche Handlung. Der Notwehrtäter muß den Angriff kennen und seine Handlung als Mittel zur Abwendung der Gefahr betrachten[2]). „Wenn ein Wilddieb einen anderen erschießt, der gerade die Büchse auf den Förster angeschlagen hatte, so liegt Mord und keine Notwehr vor, sofern der Schuß nicht erfolgte um den Förster zu retten; ebenso aber, wenn der Urheber der Tötung gar nicht gesehen hatte, daß sein Feind im Begriffe war, den Förster zu töten“[3]).

Somit sind u. E. die wesentlichen Merkmale der N.W.H. aufgezählt. Wir können aber nicht schließen, bevor wir auf den heftigen Streit hingewiesen haben, welcher die Beschaffenheit des die N.W.H. ermöglichenden Angriffs betrifft. Nicht alle Schriftsteller sind nämlich der Ansicht, daß der die N.W.H. bedingende Angriff ein solcher sein

---

Notstand, S. 26 und Österr. Strafrecht, S. 111; Göb, Behandlung, S. 184; v. Buri, a. a. O. S. 468; Hälschner, a. a. O. S. 478; Binding, Handb. S. 749; Ad. Merkel, Lehrb. S. 164; Lammasch, Gerichtssaal, XLIV, 1891, S. 314; Tobler, a. a. O. S. 76; H. Meyer, Lehrb. S. 281; Kroner, a. a. O. S. 77; Titze, S. 85, 86, 88; Berner, Lehrb. S. 108; Schollmeyer, S. 4; Müller, S. 34; Wolffsohn, S. 38; Löffler, Zeitschrift für die ges. Strafrechtsw., XXI, S. 541; Finger, a. a. O. S. 312; Minz, S. 18; Birkmeyer, S. 1120; v. Ferneck, Bd. II, S. 125, 133; Rostiz-Wallwitz, S. 65; Paulsen, Ethik, Bd. II, S. 155; v. Bahr, Bd. I, S. 199, 200; Rissom, S. 18, 21; Ötker, Vergl. Darst. S. 257; Gericke, S. 22; Frank, S. 261; H. Groß, Österr. Zeitschrift, Bd. II, S. 108; Kantorowicz, a. a. O. S. 293; Ph. Allfeld, a. a. O. S. 186. — Anderer Ansicht ist dagegen Auer, S. 24, 25: „Die N. W. muß Subsidiarität erhalten“.

[1]) Vers. Ansicht: Löffler, a. a. O. S. 544, 545 und Ötker, Vergl. D. S. 226, 261, 280, 283.

[2]) Vers. Ansicht: Binding, Normen, Bd. II, S. 194, 195 und Handb. S. 750, Note 16; Stirzt, a. a. O. S. 18, 19; Bähr, a. a. O. S. 117; Gericke, a. a. O. S. 21.

[3]) Binding, Handb. S. 750, Note 66.

muß, den man zu dulden nicht verpflichtet ist. Es gibt vielmehr noch drei Ansichten, die sich dadurch charakterisieren, daß sie den Kreis der N.W.Handlungen immer enger ziehen, somit den der Notstandshandlungen immer mehr erweitern. Die erste dieser Ansichten behauptet, daß Notwehr nur gegen Angriffe möglich sei, welche von Menschen ausgehen; sie legt dabei kein Gewicht darauf, ob die angreifenden Menschen zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig sind; die Abwehr von Angriffen, welche von Tieren ausgehen, faßt sie dagegen als N.S.H. auf[1]). Die zweite Ansicht geht noch weiter: ihre Vertreter meinen, daß Notwehr nur gegen Angriffe möglich sei, die von zurechnungsfähigen Menschen ausgehen und daß die Abwehr der Angriffe, welche von Tieren und unzurechnungsfähigen Menschen herrühren, Notstandshandlung sei[2]). Die dritte Ansicht geht endlich dahin, daß Notwehr nur gegen solche Angriffe möglich sei, die von vorsätzlich rechtswidrig handelnden Menschen ausgehen, und daß die Abwehr der Angriffe, die von Tieren, unzurechnungsfähigen oder fahrlässig handelnden Menschen herrühren, N.S.H. sei[3]).

Diese drei Ansichten sind aber unhaltbar und zwar aus folgenden zwei Gründen:

1. Sie beruhen auf einer groben Verwechselung der Begriffe Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit. Ihre Vertreter denken sich die Rechtswidrigkeit und die Pflichtwidrigkeit

[1]) Diese Ansicht vertreten: Wessely, Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr, S. 55; Stillmark, Die Lehre von der Notwehr, S. 45; A. Merkel, Lehrb. S. 163; Titze, a. a. O. S. 16, 83, 84; Haenle, Einfluß des B. G. B auf die strafrechtl. Behandlung des Notstandes, S. 17; Schollmeyer, a. a. O. S. 18, 19; Auer, a. a. O. S. 4, 6, 7; Simon, a. a. O. S. 15, 16; Würzburger, a. a. O. S. 25; Knetsch, a. a. O. S. 49—53, 59; Zittelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, S. 8; Begründung des „Vorentw.", S. 242; Gericke, Überblick über die Lehre von der Notwehr und dem Notstand, S. 14, 15, 51, 57; H. Groß, Österr. Zeitschr., Bd. II, S. 101; Ph. Allfeld, a. a. O. S. 183.

[2]) Diese Ansicht vertreten: Berner, Arch. des Crim. rechts, S. 554; Stammler, a. a. O. S. 2, 3; Janka, Der strafrechtl. Notstand, S. 38, 39; Hälschner, a a. O. S. 478; Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 205, Note 3; Lammasch, Gerichtssaal, XLIV, S. 315; H. Meyer, Lehrb. S. 278, 279; Beling, Zeitschr. für die ges. Strafrechtsw. XVIII, S. 275, Note 7; Janka, Österr. Strafrecht, S. 109; Kantorowicz, Monatsschrift, VII, S. 293.

[3]) Diese Ansicht vertreten: Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 130 und legislative Behandlung, S. 132; H. v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, Bd. II, S. 122, 128.

als zwei Kreise, die sich vollständig decken: man vergleiche nur Stammler, a. a. O. S. 2, 3; Janka, Der strafrechtliche Notstand, S. 38, 39; Knetsch a. a. O. S. 49—53, 59 und besonders v. Ferneck a. a. O. Bd. I, S. 276—278, der geradezu sagt, S. 272: „eine Rechtswidrigkeit ohne Pflichtwidrigkeit ist undenkbar." Daher wollen diese Schriftsteller, obwohl nicht immer streng konsequent, von einem rechtswidrigen Angriff, der die N.W.H. ermöglicht, nur dann sprechen, wenn man von ihm sagen kann, daß er pflichtwidrig ist. Diese Ansicht ist aber völlig verfehlt. Denn es gibt Rechtswidrigkeiten, die keine Pflichtwidrigkeiten sind, obwohl es keine Pflichtwidrigkeit ohne Rechtswidrigkeit geben kann. Die Rechtswidrigkeit und die Pflichtwidrigkeit sind zwei Kreise mit gemeinsamem Mittelpunkt, deren größerer der Rechtswidrigkeit und deren kleinerer der Pflichtwidrigkeit entsprechen. Mit dem Worte Rechtswidrigkeit wird **ein** Unwerturteil des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, welches lediglich die Tat als solche betrifft. Mit dem Worte Pflichtwidrigkeit kommen dagegen **zwei** Unwerturteile zum Ausdruck: das eine betrifft die Tat, das andere — ihren Urheber[1]).

2. Die drei Notwehrtheorien, welche den Kreis der N.S. Handlungen auf Kosten des Kreises der N.W.Handlungen erweitern, sind ferner unhaltbar, weil „sie mit einer falschen Alternative operieren und verkennen, daß diese Fälle (welche sie als N.S.Fälle behandelt wissen wollen) alle wesentlichen Züge der Notwehr und keinen der Züge der Notstands-lage an sich tragen. Die Verletzung vollzieht sich stets am „Angreifer" zum Schutze des Angegriffenen — im Gegensatz zur Notstandsverletzung, von der dies nie gilt"[2]).

[1]) Derselben Ansicht: Binding, Normen, Bd. I, S. 298—310; Löffler, a. a. O. S. 556, 559, 564; Hammacher, a. a. O. S. 29, 30 und Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in der Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911.

[2]) Binding, Grundriß S. 191.

§ 2. Der rechtliche Charakter der Notwehrhandlung.

Daran, daß derjenige, welcher die angegriffene Rechtsordnung in Schutz nimmt, im Einklang mit dem Rechtswillen, somit rechtmäßig handelt, hat die Vergangenheit nicht gezweifelt. Auch die Gegenwart zweifelt an dem Dasein des Notwehrrechts nicht, kraft dessen der Angreifer zur Unterlassung des Angriffs gezwungen werden darf. Nur Geyer, Lehre von der Notwehr, S. 15; H. v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, Bd. II, S. 72, 150, 151 und Schleifenbaum, S. 41 leugnen das Notwehrrecht. Aber zu Unrecht.

Geyer sagt: „Man sondert im Leben die Prinzipien des Rechts und der Vergeltung nicht und erklärt das für ein Recht, wozu eigentlich nur die Idee der Vergeltung autorisiert. Nur der Richter, der Repräsentant der Gemeinschaft, hat ein Recht zum Zwang. Der Einzelne hat folglich kein Recht der Notwehr". Dagegen ist zu erwidern, daß es eine willkürliche, völlig grundlose Behauptung ist, daß nur der Richter, keineswegs aber der Private die Unterlassung des Angriffs erzwingen darf. Ferner, die Idee der Vergeltung ist der Notwehrhandlung fremd: der Notwehrtäter sucht den Angreifer nicht zu bestrafen, sondern abzuwehren.

Im Gegensatz zu Geyer bringt v. Ferneck einen anderen Grund vor, aus welchem er das Notwehrrecht leugnen zu können glaubt. Er meint, von einem Notwehrrecht des Angegriffenen könne nur dann die Rede sein, wenn der Angreifer die Pflicht hätte, sich die Notwehrhandlung gefallen zu lassen. Da aber der Angreifer — wir denken an das angreifende Tier und an den angreifenden Wahnsinnigen — keine solche Pflicht hat, so sei eben unrichtig, von einem Notwehrrecht zu sprechen. Diese Schlußfolgerung, welche logisch zu sein scheint, ist aber falsch, da die Prämisse, von welcher v. Ferneck ausgeht, unrichtig ist. Es ist nicht wahr, daß „das Recht der Reflex der Pflicht" sei. Es kann Rechte geben, denen keine Duldungspflichten korrespondieren. Der feindliche Soldat, dem Attacke befohlen ist, hat die Pflicht, somit das Recht, unseren Soldaten anzugreifen. Darum hat aber unser Soldat nicht die geringste Pflicht, sich durchbohren zu lassen.

Das Notwehrrecht ist ein öffentliches Recht[1]), welches allen Rechtssubjekten gleichmäßig zusteht[2]). Gleichgültig ist dabei die

[1]) Derselben Ansicht: Binding, Handb. S. 734 und Jellineck, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 235.

[2]) Derselben Ansicht: Binding, Handb. S. 733; Schollmeyer, a. a. O. S. 17, 18; Wolffsohn, a. a. O. S. 30, 31; Ötker, Vergleichende Darstellung

rechtliche Stellung des Angreifers. Es gibt ein Notwehrrecht nicht nur gegen angreifende Abgeordnete, Gesandte, sondern auch gegen in- und ausländische Fürsten [1]). Nur das Notwehrrecht gegen die Ausführung rechtswidriger Befehle wird besonders bezweifelt. Viele Schriftsteller verneinen es sogar [2]). Ihre Ansicht ist aber unrichtig, da sie zu unerträglichen Konsequenzen, zur Aufhebung der Rechtsordnung führt: die schuldlosen Bürger, welche von auf rechtswidrigen Befehl handelnden Beamten angegriffen werden, wären verpflichtet, sich u. U. ermorden, ihre Häuser in die Luft sprengen, sich das Schmählichste gefallen zu lassen; Prinz Hamlet wäre verpflichtet, sich von den auf rechtswidrigen Befehl des Königs handelnden Rosenkranz und Güldenstern dem englischen Henker ausliefern zu lassen.

---

des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. II, S. 256 und v. Liszt, Völkerrecht, S. 182.

[1]) Derselben Ansicht: Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 202; Binding, Handb. S. 738; Sommerlad, a. a. O. S. 354, 365—367; Walter, a. a. O. S. 65; Finger, a. a. O. S. 309; v. Bar, a. a. O. Bd. I, S. 158; Rosenfelder, a. a. O. S. 61, 62; v. Liszt, Lehrb. S. 144 und Völkerrecht, S. 182; Ph. Allfeld, a. a. O. S. 183.

[2]) Hierher zu rechnen sind: Sommerlad, a. a. O. S. 364, Note 72; Kroner, a. a. O. S. 18; Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht, S. 70; v. Liszt, Lehrb. S. 144, 152. — Richtig denken dagegen: Kohler Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 202—206; Binding, Handb. S. 743 und Lehrbuch, Bd. II, S. 766—773; v. Bar, a. a. O. Bd. I, S. 173; M. E. Mayer Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. I, S. 447—452 und Der rechtswidrige Befehl, S. 121—162; Rosenfelder, a. a. O. S. 58; Ötker, Vergleichende Darstellung, Allg. Teil, Bd. II, S. 268 und Nagler, a. a. O. S. 342.